

日本の司法審査制

——最高裁判所裁判官の法イデオロギー——

浦田賢治

目次

- 一 序説
- 二 法の支配と自然法主義
- 三 民主主義と法実証主義
- 四 裁判の正統性論
- 五 結語

一 序説

日本国憲法は国民主権の立場に立ち、国会が国権の最高機関であり、かつ国の唯一の立法機関であると定める（四一条）。日本国憲法はまた、基本的人権尊重の立場から、つぎの二つの条項を定める。

「この憲法は、国の最高法規であって、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」（九八条一項）

「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」（八一条）

これらの条項に示されたわが憲法の基本秩序は、民主主義と法治主義という二つの要請とともに充足すべきものでなければならぬ。すでに現憲法施行直後に、ある法学者は、わが憲法が民主法治国家の体制を採用していると指摘したことがある。

では、日本国憲法の定める司法審査制について、その基盤をなす憲法思想の系譜をどこに求めるべきであろうか。

憲法施行三十有余年を経た現在、この系譜を、アメリカ司法審査制を産み育てた立憲主義に求めるといふ見解が圧倒的に優勢になっているということができる。だが一歩ふみ込んで、その立憲主義の本質的意味や、内容と形態をたずねるなら、これらの点についてはなお議論の余地があるのであって、定説といえるものはまだないといえよう。

そうだとすると、司法審査制の基盤である立憲主義にとって、民主主義と法治主義という二つの要請があるということは、これを否定することができない。とすれば、まずもって、民主主義と法治主義のいずれに重要性をより強く認めるか、この点で見解の相違が生じることになる。これは司法審査制の法思想的基礎づけの問題である。この問題と法学の方法論の問題とが結びつくことによって、司法審査制をめぐる法イデオロギーは、単純ではなくむしろ多様に展開することになる。実際、戦後日本の司法審査制をめぐる法イデオロギーをみわたすとき、私たちは特筆すべき多様さを見出すことができる。それは、最高裁判所の裁判官の司法審査観のなかにも見出すことができる。私が本稿で特に注目する論点は司法審査制の正統性をどこに求めるかという問題であるが、この問題について、まず、田中耕

太郎元最高裁長官は、自然法主義の立場から「法の支配」の観念を強調するイデオロギーを有力に展開したのである。ついで、横田喜三郎元長官は、法実証主義の立場から「民主主義」の観念を強調するイデオロギーを主張した。そして、中村治朗裁判官は、リアリズム法学の成果をふまえた、ある種の法実証主義的見地をとりつつ、「裁判の客観性」という問題を吟味することになった。

右の「法の支配」論も、「民主主義」論も、また「裁判の客観性」論も、いずれも、実は日本の司法審査制の運用について、政治部門の行為の合憲性を推定するような司法消極主義を弁証する役割を果してきた。また、右の自然法主義や法実証主義といった法学方法論も、いずれも、司法消極主義と結びついたものである。ただ、この稿では、司法審査の機能についての法技術的な問題をとりあげるのではなく、司法審査制の正統性の問題に焦点をあてたいと思う。この稿は、最高裁裁判官の論文にあらわれた司法審査制に関する、特にその正統性に関する法イデオロギーを考察しようとするものである。

二 法の支配と自然法主義

1 戦後日本において、「法の支配」⁽¹⁾の観念が司法権の使命を窮極において指導するという立論が有力に展開された。それは、一九五〇年代とこれに前後する時期になされた。これらの中に、田中耕太郎氏の法の支配論を見出すことができる。たとえば、『法の支配と裁判』(一九六〇年)⁽²⁾は、その代表的著作である。田中氏の説く法の支配の観念は、決して英米法流のそれに止まるものでなく、独特の自然法思想にもとづくものである。

田中耕太郎氏は、敗戦直後まで約三十年間東京大学法学部にあって、商法および法哲学の分野で業績をあげ、戦後まもなく、文部大臣となった。ついでマッカーサーの承認のもとに、吉田茂内閣の指名をうけて最高裁判所長官となった。その在任期間は、一九五〇年代のすべてをカバーし、六〇代にはいる十年余である。歴代長官の中で最も長期間そのポストにあった人である。⁽³⁾

田中氏は退任まぎわに『法の支配と裁判』と題する論文集を刊行した。これに収めた二十篇の論文は、すべて長官在任中に発表されている。

2 この中にある論文「憲法と現下司法の諸問題」⁽⁴⁾は、当時の田中氏の司法観が現実^{（五）}に意味するものをよく表現している。この論文は、内閣憲法調査会が「日本国憲法運用の実際」について調査したさい、参考人として述べたとことを基にしたものとされている（一九五八年九月三日陳述）。

その論述の論点は多岐にわたるが、田中氏は「法の支配」と「違憲審査」について、つぎのように主張する。

第一に、日本国憲法が司法の地位を高め、その独立を一層完璧にしたことは民主主義の原則と矛盾するどころか、その実現を一層強く保障するものである。民主国家の理念の一つは国民の福祉の増進にある。国民の福祉は法によって社会の秩序が維持されている場合に一層完全に実現されうる。この意味で、法の支配こそ民主社会の最重要な特色の一つである。

第二に、従来最高裁判所が法令を違憲と判断した例は絶無といつてよい（ただし、いわゆる政令三二五号事件において、多数意見が、占領終結後のこの政令の適用を違憲とした例はある）。最高裁判所がなす法令合憲の決定も、違

憲の決定にとらず重大な意味をもっている。この点、既往十年間に最高裁は相当な業績を残してきた（憲法判断を下した関係憲法条文の総数は四七ヶ条、論点は六一〇に及ぶ）。違憲審査権のふるいにつけられ、合憲判断がなされ、法令に権威が与えられ、社会における法的安定性がつよめられる。日本で違憲の判決をする場合がほとんどなかったことは、悲しむべきことではなくて喜ぶべきことである。最高裁は、違憲審査権という「安全弁」を用いて、民主社会の基礎である「法の支配」を徹底させる機能を営んでいる。

田中氏のこの論法によると、民主社会の基礎である「法の支配」は、最高裁判所が政治部門の行為について合憲判断を下すことによって、徹底せられるというのである。

3 田中氏の「法の支配」の観念は、自然法の支配を意味する。ここに、彼の「法の支配」論の最大の特徴がある。「新憲法と世界觀的立場」（ジュリスト一九五五年一月一日号）と題する論文⁽³⁾は、彼の現憲法にたいする根本的態度を示している。そこで彼がとくに強調したのは、「新憲法が自然法⁽⁴⁾の思想を極めて大胆率直に表明しており、これがその民主主義と平和主義の基礎づけとなっている」（一三頁）ということであった。自然法思想は、法源を国家その他の団体の制定するものや慣習法に限定するところの法実証主義に対立するものである。この意味での自然法思想は、十七、八世紀の所謂自然法説または天賦人權説に限られるものでなく、西洋ではギリシャ、ローマおよび中世を通じて現代まで存在しているものである。東洋においても、法家に対する儒家の思想は、この傾向に属する。第二次大戦後、自然法の再生がみられ、とくに西ドイツ基本法はキリスト教自然法思想に胚胎する規定を設けている。

田中氏は、このように「汎自然法」的説明をしたうえで、自然法の政治的表現としての、民主主義と平和主義につ

いて要旨つぎのように説明する（一七頁）。

民主主義は、自然法が政治生活の対内的理念として現われたものであり、平和主義はそれが対外的理念として現われたものである。自然法の表現形態としての民主主義は、全体主義の敵対概念である（一八頁）。なぜなら、全体主義国家においては、現実の国家の権力が最高であり、その故にこの種の国家は法実証主義の最も極端な表現形態だからである。しかも、全体主義の法実証主義たるや、或は人種的なまたは階級的な対立感情によつて養われた赤裸々な暴力を装うところの、単なる外被にすぎないものである。そして、自然法にもとづく民主主義は、マルクス・レーニンの共産主義と対立するものである（二二頁）。新憲法の掲げる自然法の政治哲学および法哲学は、倫理的かつ普遍的な点において、軍国主義や極端な国家主義を否定すると同時に、唯物論と階級理論に基礎をおく共産主義の政治理論に正面から衝突せざるを得ない。

田中氏はこのべて、つぎに、対外的理念としての平和主義が、民主主義と本質的連関をもつことを説く（二三頁）。国際社会において平和を実現するためには、各国各民族や個人相互の間に民主主義が行われなければならない。また、民主主義は本質において、その適用が自国の社会内のみに限られるべきものでなく、国際的に妥当しなければならない。両々相まって、始めて世界の平和が維持される。

田中氏によると、秩序の維持すなわち平和実現の方法は、国家と国際社会を通じて本質的に同一である（二三頁）。なぜなら、結局その方法が適用されるのは、本質において同一な人間だからである。人間の心の改善は主として宗教、道徳、教育等の課題であるけれども、政治面においては「法の支配」が企画されねばならない。すべての社会生

活は法によって平和が維持されるからである。

このような前提のもとに、田中氏は、現憲法の平和主義の意味について、「自然法的理解」をつぎのように開陳する。

「現に論議されている憲法第九条が自衛戦争を肯定するかどうかについては今ここに立入らない」(二四頁)。このように、自己の見解の表明を回避することによって、田中氏は憲法九条の規範的拘束の問題を棚上げする。憲法の規範に代えてもち出されるのは憲法精神である(三二頁)。

「憲法精神が国際社会に関し無政府状態または暴力の支配する弱肉強食状態を是認するものでないこと、国際社会も国内社会と同じく、またさらに一層高度に法の支配を要求し、また法の支配は実力を以て裏づけられていなければならないこと、ならびに憲法九条の反面として我が国は他の方法により自己の安全を保障しなければならないこと」を指摘する。そして、現実問題としては、「二つの世界の対立の現状に鑑みると、集団的安全保障の必要は決してうすらいではない」のであるから、「共産主義による世界制覇の意図と、この目的からする、各国における暴力革命の促進」に対抗するため、自由諸国による自衛戦争または集団的安全保障による実力行使が主張される。

自然法にもとづく民主主義の世界支配は、窮極においては、各国が主権を放棄しまたは制限し、世界法の下に世界国家(または世界連邦)を組織することを目指すというのである(三四頁)。

4 田中氏は、さらに、違憲審査権の法理的基礎づけが自然法によってはじめてなされると主張する。⁽⁶⁾ 法実証主義の立場によっては、この基礎づけはできないと断言する(二七一頁)。

田中氏によると、国家は、自ら制定した憲法の中に、自己を超越するところの、つまり自分が作ったのではなく、自分はそれを単に宣明するにとどまるところの原理が存在することを前提として、この原理に服従する。この原理こそ自然法にはかならない。

違憲審査権の根拠は国家の三権ともに憲法の支配の下に服することに存する。しかし、憲法に違反することが直ちに自然法に違反するわけではない。国家の位階的に構成された法体系の頂点に立つ、最高法規に反する法律、命令、詔勅および国務に関するその他の行為はその効力を有しない（憲法九八条一項）。これは最高法規の形式的意味を表わしたもので、実質的には基本的人権の保障を憲法が定めている点に、憲法の最高法規の意味がある（憲法九七条）。憲法を最高法規たらしめるものは、憲法に内容を与えるところの、憲法を權威づける他の淵源に由来する（二七二頁）。憲法はその根本原則に関するかぎり、上位の憲法すなわち *super-constitution* を予定して、それを単に宣言したもの、すなわちそれを実定法化したものにすぎない。この上位の法は自然法にはかならない（二七四頁）。

田中氏はこのべて、違憲審査を基礎づける自然法の内容をつぎのように規定する。自然法に反する憲法は無効である。具体的には、例えば奴隷制度を認めたり、全体主義国家において見うけられるように、言論や結社の自由、宗教の自由、私有財産制度などを否認したりする場合が考えられる（二七二頁）。かりに憲法改正によってかような規定が設けられたとすれば、憲法自体の効力が否定されない限り、裁判所は違憲審査権を行使して右の諸規定が無効であるといえることができる。自然法に抵触する実定法は無効であるという、伝統的な自然法の理論を適用できるからである（二七四頁）。

そして田中氏は、「法の支配」、違憲審査権および自然法の三者の關係について、つぎのように説明する（二七五頁）。イギリスの「法の支配」の思想と密接に結びついているコモン・ローの中には自然法が滲透している。⁽¹⁾ アメリカの法律思想の基調は、コモン・ローと不可分な自然法思想であった。たとえば合衆國憲法修正十四条の「適法手続」に關する判例が示しているところの、立法や行政の行為における合理性（reasonableness）の有無の判断基準は、上位の法である自然法にほかならない。

裁判所が違憲審査権をもつていてこそ、憲法は「国の最高法規」たる機能をいとなみ、「法の支配」は一層完璧となるのである（二七六頁）。

5 ここで、田中氏の「法の支配」論のイデオロギー性について検討しておこう。違憲審査制と関連づけて、田中氏の「法の支配」論の構造を整理するなら、つぎのように言うことができるように思われる。そこにある「法の支配」とは、「最高法規としての憲法、法の支配」をさしているけれども、単なる実定憲法でなく、「自然法としての憲法」が支配することである。自然法の内容は私、有財産制および宗教・言論・結社の自由を含んでいる。これに限らず、違憲審査権の行使によって合理性の有無が判断されること——実体的適正手続が発見されること——は、この自然法の発露にほかならない。しかし他方で、自然法に基づく憲法の精神は、法の支配が実力によって裏づけられていることを要請している、と強調する。

そして、この意味での「法の支配」は、裁判所の違憲審査権が現実に政治部門の立法や行政について合憲判断を下してきたことによって実現されている、というのである。

こうしてみると、その「法の支配」論は、理念的に独自の自然法を強調し、現実的には政治部門による実定法を「合憲化」するものにほかならず、この意味で、その民主主義論と結びついている、ということが出来る。

6 一九五〇年代に君臨した最高裁長官は、違憲審査権を独自の自然法の法理によって思想的に基礎づけようとした。それは、ある意味で、時代の要請に応えるものだった。

第一に、世界的規模での反共主義陣営の要請に応えるものであった。ある法哲学者はつぎのように言っている。「自然法イデオロギーの蘇生が目立つのは、つねに、複雑な、過渡的な具体的・歴史的状況の存する時期である。」第二次大戦後の時期は、「より複雑な社会的・政治的情勢のもとで、資本主義体制と社会主義体制への世界の分裂と社会主義体制の成功的発展という条件のもとで、進化した。問題は、たんに複雑化された資本主義社会の内的矛盾のイデオロギー的反映ということだけでなく、社会主義世界との闘争の新しい理念的手段の探究もこれにかかわっていた。」⁽⁸⁾そこに、「法の支配」論が西側すなわち反共主義を象徴するという、政治的役割があった。⁽⁹⁾

第二に、占領期と講和直後の時期において、日本の政治支配体制はまだ動揺しており、このために、政治支配そのものが強力な法思想によるバックアップを要請していたことである。

五〇年代は、東西冷戦が朝鮮戦争で火をふき、やがて、ソ連の平和共存路線によって「雪どけ」へ向ういわば過渡期であった。米対日占領政策の上では、連合国のポツダム宣言から逸脱して、日本を反共主義陣営の一員に育成する政策が展開されはじめていた。その占領政策は、一方で、その政策に反対する大衆運動を抑圧し、共産党幹部を公職から追放するなど、政治的民主主義に反する諸措置を伴うとともに、他方では「警察予備隊の創設」にみられる日

本再軍備の措置を含むものであった。このような措置を合法化する占領管理法令に日本政府は服従し、また、これらの措置のための国内法制定を政府は強行した。講和後も、これら占領管理法令は、形をかえて存続した。こうした政策が現実に行進するに及んで、それは平和と民主主義の憲法に反するのではないかという疑義を生み出さざるをえなかった。それゆえに、支配層の側でも、法令の正統性を弁証する法イデオロギーが必要とされるに至った。

このような状況のなかで、反共産主義という政治的原理に忠実に、新しく誕生したばかりの憲法の民主主義と平和主義のあり方を再構成する役割が支配的法イデオロギーに求められた。その役割を担ったものの一つが、全体主義に対し、抽象的な人間の尊厳を掲げて闘う「再生自然法論」であった。田中耕太郎氏の「法の支配」と自然法主義の思想は、このような役割を担った「再生自然法」論と共通するものを持っている。彼の思想は、現実政治の面では、米占領政策と日米安保体制を擁護するものであり、要するに現支配体制こそ民主主義と平和主義の担い手であるとするものであった。⁽¹⁰⁾

(1) 「法の支配」の現代的意味をどうとらえるかという問題をめぐって戦後のはやい時間から、資本主義陣営と社会主義陣営の間に論争がある。また、英米法系の「法の支配」と大陸法系の「法治主義」の比較法的考察においても、議論の余地を残している。英米法にいう「法の支配」の観念については、高柳賢三『司法権の優位』（一九四八年）、伊藤正己『法の支配』（一九五四年）、杉村敏正『法の支配と行政法』（一九七〇年）、内田力蔵『イギリスにおける『法の支配』について——民主社会における司法のあり方序説』法律時報二十二巻十一号、二十三巻三号、二十四巻十号、等の文献がある。

(2) 日本国憲法の基本思想がドイツ的な法治主義の理論から英米的な「法の支配」の思想へ転換したことについて、芦部信喜『憲法訴訟の理論』（一九七三年）一一—一二頁。なお、鶴飼信成『法の支配』、高田敏『近代における『法の支配』理論と

『法治国』理論」（いずれも、日本公法学会誌『公法研究』第二〇号掲載）等がある。

- (3) 田中耕太郎氏については、鈴木竹雄編『田中耕太郎・人と業績』（有斐閣、一九七七年）がある。経歴と業績リストも収めている。

- (4) 田中『法の支配と裁判』（一九六〇年）二二三頁以下。

- (5) 前掲書三頁以下。

- (6) 田中『法の支配』と自然法」前掲書二五八頁以下。

- (7) ここで田中氏が援用するのは A. L. Goodhart, *English and the Moral Law*, 1953 である。

- (8) W. A. Tunanow, *Bürgerliche Rechtsideologie*, 1975, S. 271.

- (9) 清水誠「法の支配」の消極的側面——国際法律家協会の活動をめぐって」法律時報三三卷四号十七頁以下、および長谷川正安「『法の支配』と A A 法律家会議——『法の支配』をめぐる国際的状况」法律時報三五卷六号三七頁以下、参照。

- (10) 田中氏を批判する見地から書かれたものとして、小林孝輔「田中耕太郎論——わが国における典型的保守イデオログの思想状況」法律時報三三卷一号一九頁以下、参照。また、田中氏を積極的に評価する文献として、井上茂「法理探究の哲学（田中耕太郎博士追悼）」法哲学年報一九七三年度、同「田中耕太郎博士の法哲学」（『田中耕太郎・人と業績』）（一九七七年）等がある。

三 民主主義と法実証主義

1 田中氏によって、違憲審査権を根拠づけるものとして「法の支配」の観念が強調された。これに対して、違憲審査権の行使に厳しい限界を画するために、強く主張されたのは、民主主義という観念であった。この民主主義論によって、違憲審査は慎重になされるべきだと説いたのは、横田喜三郎氏の『違憲審査』（一九六八年）である。¹¹⁾

横田氏は、東京大学法学部で国際法の教授をつとめた。そのうち、国際連合国際法委員に就任したが、田中耕太郎長官の後任となり、一九六〇年一〇月から六年近くの間、最高裁長官の職にあった。⁽¹²⁾その間に、研究し執筆した成果が、右の著書である。この書物は「違憲審査を慎重に行うための指導原則」をアメリカの判例から学ぶという目的をもって満たされている。だから、違憲審査権の根拠づけや使命についての理論的説明は全くない。この意味で、田中氏の著作と比較すると、主題の焦点を全く異にしている。このことは、一九六〇年代という時代の要請に対して、横田喜三郎という最高裁長官がいかに応えようとしたかということをも物語るものであるといえよう。

横田氏は、『違憲審査』という書物で、日本の違憲審査権がアメリカの例にならって設けられたものと認めている。そのうえで、この権能の行使が国会や政府等に対する重大な権限の行使であり、重大な責任を伴うものであるから、つとめて慎重になされなければならないといっている。その主な理由として、第一に三権分立の原理、第二に民主主義の原理をあげる。アメリカの理論にならってそういえるというのである。けれども、右の三権分立の理論なるものは、実はアメリカにそぐわないものであって、全く説得力のない叙述に終っている。⁽¹³⁾そして、右の著書刊行から五年後に発表された論文「民主主義社会と裁判」(ジュリスト、一九七一年一月一日号)においては、三権分立論はかげをひそめ、民主主義論が違憲審査を慎重にすべき理由づけとしてあげられている。

2 そのような役割をになった民主主義論の内容を、ここに、要約しておこう。

横田氏は、第一に、政治と法の分野における民主主義にとって、実際上もっとも重要なことは、「人民による政治」、「人民による法」であると指摘する。

人民による政治と法は、實際上、人民が代表者を選び、選ばれた人が人民を代表して政治を行い、法を定めることである。その法は人民の意志を表現したものであり、人民の意志であるといつてよい。この法が実際に守られたときに、人民の意志は現実に実現し、民主主義は完成する。裁判は、法が実際に守られることを確保するものである。この意味で、裁判は、民主主義を完成するものである。したがって、横田氏によると、その裁判は、法そのものをそのままに解釈し、適用するのでなければならない。法の諸規定を離れ、外在的な観念や主観的な志向から導き出されるものであってはならない。「裁判官は、語る法」でなければならない。民主主義にとって、このことはとくに重要である。

つぎに横田氏は、法をそのままに適用することに反対するものへの反論を示している。つまり、多数決の問題を取り上げている。

客観的価値のうちで、真は証明のできるものであり、証明すべきものである（自然科学の真がそれ）。しかし、善と美は、証明できないものである。正しいということは、善の一つの態様である。正しいかどうかは、多数決ではきめられない。しかし、価値には、客観的価値のほかに、主観的価値がある。これは、人が価値があると考えてることによって、価値となるものである（たとえば、酒やタバコなど）。主観的に価値あるものとするものをもつことによつて、人は満足し、幸福を感じる。そこで、多数によつて主観的価値が何であるかを決定すれば、多数の人が正しいと思ひ、適当と思うことが実現される。この意味で、主観的価値からみれば、多数決には、十分な理由がある。

法についても、同じことがいえる。多数決によつて、主観的価値の点から、より勝れた法が定められる。人民の多

数によって定められた法は、十分に尊重されるべきもので、裁判は、法をそのとおりに適用すべきだということになる。

第二に、横田氏は、このような民主主義の論理を展開したうえで、違憲審査とそのあり方を示していく。もちろん、多数決による決定が明らかに誤っているということも、ありえないではない。法についてもそうである。ただし、誤りをさける方法を講じるさいに注意を要する二つの点がある。その一は、法の正しくないことがきわめて明白でなければならぬということである。人民の意志である法は、当然に尊重されなければならないからである。その二は、法の正しくないことが、なにかの客観的規準に照して確定されることが望ましいことである。このような基準として、憲法が考えられる。憲法もまた人民の意志によって定められた法であり、しかも最高の法として定められたものである。

しかし、横田氏が本当にいいたいのは、この違憲審査は、きわめて慎重に行われなければならない、という一点である。違憲審査は、法を憲法に違反して無効だとするもので、そのこと自体が重大なことである。また、裁判官と人民の関係から見ても、そうである。裁判官は、人民によって選ばれたものでなく、人民に対して直接に責任を負うものでない。これらが、その理由とされている。

3 さて、横田氏の民主主義論の本質は、多数決主義である。⁽¹⁴⁾ この多数決主義と一体となっている法律観は、国民の意志を表現する法律を裁判官は尊重しなければならないという思想である。しかも裁判官は国民に対し直接責任を負うものでないということが指摘される。このように、憲法政治の構造と機能をめぐって、代表民主制による責任政

治を強調する政治観は、ある種の法実証主義と結びついているように思われる。この法実証主義によると、主観的価値の観点から、人民の多数決によって定められた法律が尊重される点に、民主主義の実現があるとされるから、人間個人の尊厳を究極目的とする憲法の支配が相対化されることになる。憲法を頂点とする実定法の支配でなく、専ら法律の支配を強調するところに、横田氏の法実証主義の特徴がある。

多数決民主主義と法実証主義の機能は、裁判所がその作用を果す社会の政治構造との関係において、あれこれとちがったものになりうる。たとえば、社会進歩と人間的価値の推進者である社会的多数派が議会内でも多数を占め、法律による統治をおこなう政治構造のもとでは、「法を語る口」として裁判官は、社会的多数派の利益と価値観の支持者となることができる。ところが、社会的多数派と議会内多数派とが一致していないところでは、ちがってくる。議会内多数派の意志の表明である法律が、社会的多数派の利益や憲法が定める価値と一致しなくなっている政治構造のもとでは、裁判官の役割は前の場合とちがったものとなる。法律の支配に奉仕する裁判官は、社会的多数派の利益を守らず、憲法的価値に反対することになるのである。

一九五〇年代までに、政治支配層と統治集団のために、経済・社会・政治・文化の諸領域にわたる、戦後改革の再編が一応完了したといえよう。とすれば、これを前提にして、日本の一九六〇年代は、高度経済成長政策が池田内閣の手で急速に推進される形で始まった。議会内多数派の政治支配が安定し、「五五年政治体制」は順調に運営されているものと思われた。このような政治状況のもとで、資本蓄積に奉仕し、政治的多数派を支持するところの、多数決民主主義と法実証主義の立場は、やはり、支配層の側からみた時代の要請に適合するものであった。横田氏がアメ

リカで行った講演は、この立場を端的に表現したものの一つである。一九六三年八月一四日、横田氏は、コロンビア大学で講演した。その中で、日本の最高裁は政治に介入しない傾向を有すること、そして、最高裁が、砂川刑事特別法違反事件において、駐留米軍は「一見きわめて明白に憲法違反」といえないから、違憲審査の対象外であるとの判断を示したことには、深い意義があるとのべた。砂川刑事判決は田中耕太郎長官時代の最後の時期になされた。けれども、この判決の積極的意義を強調する横田氏の違憲審査論には、その政治的法的役割の点で、田中氏のそれとほとんど全く共通するものが存在するといえることができる。

(11) 『横田先生還暦祝賀・現代国際法の課題』(一九五八年)の巻末に、「主要著作目録」が収めてある。その後刊行された単行書には、『海の国際法(上)』(一九五九年)、『外交関係の国際法』(一九六三年)、等がある。

(12) 横田喜三郎氏の最高裁長官就任の直後に編集された『法律時報』三三卷一号に、三つの論文が掲載されている。恒藤武二「横田喜三郎論——その法イデオロギー」は、横田氏がケルゼンの純粹法学によって自己の法理論を構築していく過程を分析している。寺澤一「横田喜三郎論——その国際法学、その——戦前の研究活動を中心に」、および高野雄一「同、その二——戦後の研究活動を中心に」は、表題のとおり、国際法学での研究業績を紹介している。

(13) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(一九七三年)四〇—一頁。

(14) 横田氏の民主主義観について、恒藤・前掲論文は、つぎのようにのべている。

「天皇制に関する博士の徹底した、しかも説得力を持った批判は、民主主義を守る熱意を具体的に表明されたものといえる。ただ総合的に検討すると、つぎの二点に我々は注意する必要がある。

第一の点は、民主主義の基礎づけに関しては、横田博士はケルゼンとは異なっており、自由の理念ではなく、平等の観念を基礎としておられる点(横田喜三郎「民主主義と国際法」『民主主義の法律原理』有斐閣・昭和二十四年刊所収・一七四頁参照)

である。……第二に、しかしながら博士が、多数決の原則を比較的機械的に理解しておられる点にも注意せねばならぬ……（前掲論文一六八―九頁）。同時に、ここで博士が少数者の権利とか、多数と少数との間の妥協の必要というケルゼンが重点を置いた問題にあまり言及されていないことも事実である……（この点について「国際民主政治の原理」世界創刊号 昭和二十一年一月所収および「世界国家の論理」世界第三一号・昭和二十三年七月号参照）。

四 裁判の正統性論

1 現に最高裁判所の裁判官である中村治朗氏は、一九七〇年に『裁判の客観性をめぐって』と題するモノグラフ¹を發表した。これは、「はしがき」によると、その十数年前に書き留めた論文——民主政治の下における違憲審査制の存在根拠（レジティマシー）⁽¹⁵⁾——に関して、主としてアメリカにおける議論を中心として考究したもの——をふまえて、裁判ないし司法過程の本質について分析・究明を試みた作品である。

著者の問題意識をよく集約しているのは、付録として収められている「傍観者としての裁判官」という講演である。⁽¹⁶⁾これは、アメリカ合衆国最高裁判事であったホームズの思想と業績の検討を通じて、民主政治と違憲審査制との関係についての問題点を整理し、そのうえで自己の見解にふれるところがある。そこでの中村氏の説くところを要約すると、つぎのとおりである。

アメリカの違憲審査制について、法令の憲法適否の判断をしないか、あるいはできるかぎり判断回避につとめる、司法判断消極主義者（パシヴィスト）と、法令の違憲判断をおこなう積極主義者（アクティヴィスト）との対立があ

る。この対立は、ひとくちでいえば、民主政治と違憲審査制との関係をどう考えるかについての一種の政治哲学的見解の対立である。いずれの哲学（フィロソフィー）が正しく、いずれの適用の仕方が妥当であるかについて、客観的な判定のきめ手があるわけではない。しかも、その当否自体、時と場所によって必ずしも同一ではありえない。例えば、司法的抑制論者であるホームズと、創造的な憲法解釈を展開したジョン・マーシャルの場合についても、そういえる。裁判官が偉大でありうるためには、時代の要求に対する深い洞察とそれに基づく実践が必要である。しかし、そのような洞察をし実践をなすのは至難である。したがって、自分が正しい方向に近づくためにただ努力するほかに道はない。

このような立論の仕方から見ると、中村氏がアメリカ型違憲審査制そのものを一応所与のものとして受けとめていることがうかがえる。したがって、田中氏のように、違憲審査制の法哲学的根拠づけから始めるといふ態度をとってはいない。中村氏は、ただ、違憲審査制のあり方について、とくに司法消極主義と司法積極主義の対立について法哲学的な考察をしようと試みたのである。さきに横田氏は、もっぱら司法消極主義の論理を展開する作業を行ったけれども、中村氏の論点は、その延長線上にあるものである。この論点をめぐって、中村氏は、いわゆる司法消極主義に新しい論拠を与えようと試みた。それが「裁判の権威」の問題であった。中村氏の立論の基調をこのようにとらえることが誤りでないとすれば、「権威のある裁判」であるための要件として、「裁判の合法性」の問題および「裁判の正当づけ」の問題が検討されることになったと考えることができる。

2 私は、この稿において、中村氏の「裁判の正当性」の理論を取り上げ、これを検討し、戦後司法観の歩みの中

で位置づけをしてみたい、と考える。けれども、その前提として、あらかじめ、「裁判の合法性と価値判断」の問題について、中村氏の研究と見解の概要を紹介しておくことにしよう。この問題が、実は、『裁判の客観性をめぐって』と題する本書の主題なのである。

中村氏は、民主主義の論理が違憲審査を限界づけるものであることをはっきり自覚している。けれども、このような民主主義の問題を政治の理論ないし哲学として検討する方法を選択しない。そうしないで、違憲審査という裁判が客観的に正しいものであるというのはどういうことか、また、ある裁判が客観的に正しいことをテストし、保障するなんらかの基準のようなものがあるのか、という法理学的な問題を選択する。

「リーガリティ（合法性）の成立発展および限界」（この書物の第Ⅲ部）は、この問題の追究のためにあてられ、裁判における合理化―恣意性の排除―の要求について検討がなされる。その結果、概念法学、リアリズム法学および自然法論のいずれの立場にも組めない見地から、裁判における合理性の貫徹ということが主張される。この見地は、裁判における結論の選択が、その本質において法創造的立法的な作用であるという前提をとる。そして、「価値問題について、なんらかの形における客観的基準とか法則とかを認める立場」（価値絶対主義、とくに自然法論者のそれ）と、「このような絶対的な価値体系の存在を否定する」立場（価値相対主義、リアリズム法学のそれ）との「両者が歩みよれる調和点を見出すことは、必ずしも不可能ではない」という認識に立つのである（四三―七六頁）。

つぎに、「合法性」の問題から「裁判における価値判断の正当づけ（Justification）の理論」（第Ⅳ章）に移る。ここでは、「裁判に際しての法解釈・適用に含まれる裁判官の選択作用の合理性」を「説得価値」という観念のもとに

考察する。そして、この意味での合理的決定に限界があることを指揮して、「窮極的な選択と裁判所の役割」(第V章)の問題に進む。つまり、裁判官の判断の「準拠たるべき客観的な存在が直接にも間接にも与えられていない場合」(一一五頁)が存在することを認め、この場合における窮極的な選択・決定の準拠すべきものを、「決定者の内に求めるか外にもとめるか」(同頁)という問題としてとらえる。この場合は、さらに、①法律の解釈適用が問題である場合と、②憲法の解釈適用が問題である場合とに分類され、そのうえで、各場合について、説明がなされる。結論として、図式化していえば、①の場合、裁判官は法創造活動を積極的に行い、これを通じて裁判所は立法院と協同関係に立つべきである。なぜなら、立法院は裁判所による法創造が意に沿わなければ、いつでも立法措置によってこれを是正できるから、その意味で両者の間に真の意味での対立関係はないからだという(一五六頁)。これに対して、②の場合は①の場合とくらべ、裁判所の法解釈・適用の機能において本質的な相違を含むものである、ということが強調される(一一五頁)。

中村氏の関心は、そこで、「違憲審査制なるものもつ本質的な政治的機能と問題を正面からみつめること」へと向う。そして、「裁判所としてなしうることと、とりうる責任とに限界がある」ということに及ぶ(一六〇頁)。

ここで、中村氏は、さきに設定した見地——価値絶対主義と価値相対主義の調和点に立脚する——から、違憲審査権行使の客観的基準を、裁判官の内に求めるべきか、外にもとめるべきか、それとも第三のものに求めるべきかという問題を指摘する。しかし、この問題にいかん解答すべきかという点については、中村氏の結論は何ら示されていないように思われる。⁽¹⁷⁾

こうして、論点は「裁判の客観性」から、その「正当性と権威の問題」へと移動せしめられている。

3 中村氏が「裁判の正当性」の問題として強調していることは、つぎの二点に整理することができる。

第一は、「裁判の正当性」の意味である。「裁判の正当性」とは、裁判の内容そのものが正しい（right）ことなく、いちおう正当な（legitimate）裁判としての承認ないし受容を要求しうる資格ないし根拠のある裁判のことである（一九四頁）。

第二は、「裁判の正当性」の根拠とはなにかである。「裁判の正当性」を支える原理は、一応「客観的な法の適用による裁定」という原理と、公平および公正の原理である（二〇〇頁）。公正の問題は、もともと形式的な性質のもので、公正の外観およびこれに対する一般的信頼や受けとり方という要素（事実問題）と結合している（二一〇頁）。

このうち、私がここで特に取り上げておきたいのは、第一の問題である。そこに、中村氏の正統性論の本質的性格があるとともに、本稿の課題と密接な関連があると思われるからである。

中村氏によると、裁判の正統性とは、「裁判について当事者およびその背後にある社会一般に対し、その承認受容を要求しうる資格根拠ということを意味する。」ここで、右の資格・根拠を有する者は誰なのか。この点について、解答は、明示されていない。けれども、少くとも「当事者およびその背後にある社会一般」でないことは明らかであり、しかも、当事者・社会一般に対し承認・受容を要求する主体の中に裁判所を含む統治権力が含まれる、と推論することができる。裁判作用は裁判所という統治権力の一機関によってなされるからである。

つぎに、裁判の正統性は裁判の適法性とは別個の観念であることが指摘されている。適法な裁判であることは、現

存する法システムの外に対しても、その裁判の正統性を主張しうるとは限らない。この意味で、正統性の問題は、現存する法システム外の、広い意味での道徳的次元における問題である。

それは、裁判制度を運営する者に対して運営上の指導原理を与えるとともに、これに対する評価ないし批判原理としても働くという性格をもっている。

このように裁判の正当性を統治権力の側から概念構成することと関連して、第二に、裁判の正統性を支える原理が把握されている。その中で特徴的な点は、不公正の疑いを避けるための裁判官のモラルの問題であり、したがって「裁判の公正の外観」を保持するという問題である。⁽¹⁸⁾前者が規範的な議論により親しむとすれば、後者は事実問題として、「裁判の権威」の問題につながっていくのである。

4 ところで、中村氏の書物は、横田喜三郎氏が長官の座を去った直後に執筆された。アメリカでは、ウォーレン・コート（一九五三年―六九年）のもとで、民主政治の基礎条件としての政治的自由（選挙権、表現の自由、人身の自由）や、社会的弱者少数者の人権（教育や社会保障における平等）について、司法積極主義の判例・学説がすでに展開されていた。

日本では、占領期から講和条約締結を経て、六〇年安保条約が成立する頃までに、社会・経済・政治・思想さらに軍事にわたる全領域について、立法府の手を経た国法諸形式および行政府の諸行為について、最高裁判所が合法性を認める諸判決が出そろっていた。

六〇年代はいわゆる高度経済成長の時期と重なっており、総資本は利潤の一部を労働の側に還元する余裕をもち、

政府の統治政策にも緊張緩和の側面があらわれ、日米関係もいわゆるライシヤワー路線のもとにあった。この中で最高裁判所の姿勢として注目されるのは、司法行政においては最高裁事務局を中心とした官僚制的統制のメカニズムを強めたことであり、しかも、一方で、政治的自由の規制を容認する厳しい判例を守りつつ、他方で、経済的自由と労働基本権についてはあえて判例変更を行い、時勢に適應する判例法理を示す側面をのぞかせたことである。その一は、第三者所有物没収違憲判決（一九六三年）であり、その二は、全通東京中郵判決（一九六六年）および東京都教組判決（一九六九年）であった。前者は横田喜三郎長官の時期の判決であり、後者は横田正俊長官の時期のものである。

5 正統性の今日的觀念は、現代西欧社会の今日的問題状況を反映している。この問題について本稿はたちいった検討をすることができない。ただ、さしあたり、中村氏の正統性論を、アメリカの政治学者アダマニイの正統性論と比較しながら、つぎの二つの点に限りて検討しておこう。

その一は、アダマニイのいう象徴的正統性という概念と関連している。

ブラック、ダールおよびビッケル等のいう象徴的正統性というのは、裁判官は合法的権限と伝統的權威を行使するのだという、人民の裁判官への畏敬の念にもとづいて、裁判所の命令と政策形成を人民が受容することを、その内容としているように思われる。中村氏の場合においても、「裁判の正当性」の意味内容は、主として、裁判官が公正に裁判するものだという、国民の一般的信頼や受けとり方にもとづいて、裁判について当事者およびその背後にある社会一般に対し、その承認受容を要求しうる資格根拠をいう、とされている。

ここにいう、裁判官への人民の畏敬や、国民の一般的信頼という觀念こそは、裁判所の象徵性をつくり上げている要素である。しかも、憲法と最高裁の象徵性を強調するイデオロギーが、一九一九年以降、今日に至るまで依然として、ある種のアメリカ的統治原理の物神崇拜と結びついているように思われる。たしかに、最高裁の象徵性を、オールド・コート流に所有権の絶対性觀念と結びつけるか、それとも、ニュー・コート流に社会進歩のリベリズムと結びつけるかは、大きなちがいである。けれども、最高裁の象徵性とはアメリカ的統治に関する立憲主義のコロラリーであつて、その意味では、オールド・コートとニュー・コートの違いは程度の問題だ、ということもできる。

最高裁への畏敬や一般的信頼にもとづくのではなく、裁判所が形成する政策の実質的内容に対する人民の承認こそ、正統性の本質的要素である。このように考えるならば、「裁判の正当性」の觀念は、中村氏のそれと質的に違つたものとして把握されているのである。ウォーレン・コートを支えたアメリカ市民権運動の存在を視野に入れて考えると、司法審査制の正統性が、もはや象徵性の觀念だけで支えられるものでないことは、否定できないのではないか。アダマニイ論文は、ある意味で、この事実の存在を指摘することになつていようにも読みとれるのである。

第二に指摘したい点は、アダマニイのいう、政治再編選挙のさいの最高裁の正統性付与能力という問題と関連している。⁽²²⁾

彼は、アメリカにおける司法審査（憲法）を認識する枠組として、一三〇年余りにわたる期間での、四つの政治再編選挙をとりあげた。アメリカでの憲法現象の發展をみるのに、これが最も適切な枠組であるかどうかは一応別として、司法審査制の基本的に重要な機能を検証するうえで、欠くことのできない枠組であると思われる。⁽²³⁾

政治再編選挙というものは、選挙民の政党忠誠が変わることと、新しい多数政党が創出されることが重なって発生するものとされている。これは、戦後日本ではおそらく生じたことのない政治現象であろう。日本の戦後保守政治について生じたのは、保守合同によって、いわば「上から」新多数派政党が編成され、これが選挙民の政党忠誠を維持してきたということである。とすれば、中村氏の司法審査の「正当性」論に、政治再編選挙の枠組が使われていないのも、理由がありそうに思われる。しかしながら、中村氏の「裁判の正当性」論は、実質的正統性を問題にするのではなく、象徴的正統性だけを問題にしたものであった。中村氏とアダムニイとの間には、政治再編選挙の有無という点から、違いが生じたのではなかったのである。

考えてみると、将来の日本で、アダムニイのいう政治再編選挙と共通するような現象が生じることは決してない、と断定できるだろうか。いま、転換期の社会変動は巨大であり、国民の政治意識と価値観は流動しつつある。司法審査の正統性の理論モデルとして、政治再編選挙において最高裁に正統性付与能力はないという命題が成り立つのかどうか、成り立つとして、それが真実である諸条件とはなにか。この問題は、中村氏の視野に入ってはいなかった。しかしながら、私にとってこの問題は、日本での将来の司法審査の正統性の問題を考察するさいに、示唆するところがあるように思われる。

- (15) 中村氏は、*legitimacy* を「正当性」と訳している。本稿では、「正統性」という用語をこれに当てる。
- (16) 中村治朗『裁判の客観性をめぐって』（一九七〇年）二二七頁以下。
- (17) 裁判官の研究の中で、この問題について発表された論稿として、香城敏磨「憲法解釈と裁量」ジュリスト六三八号二〇五

頁（一九七七年）がある。裁判官の法解釈のあり方として、ドゥウオーキンに従い、「原理考量論」的思考を主張している。

(18) 「偏見の疑いを避けるための裁判官のモラル」が論じられ、そこでは、「特定の価値的立場へのつよいコミットメントを外部に表示したり、あるいはその疑いを抱かせるような言動を極力さしひかえる」ことを説く。それ自体は当然なことだが、この観点から、実は、間接的表現によって、たとえば、裁判官の「青年法律家協会」加入が「裁判の正当性」を失わしめる性格の事柄である、と指摘するのである（二〇七頁）。

(19) 「正統性とは、統治権を有している統治者の役割に関する意識と、被治者による、その権利〔統治権〕の、なんらかの承認とをともなうて行使されるところの統治権力の基礎である。」D. Sternberger, "Legitimacy," *International Encyclopedia of Social Science*, (Reprinted Ed. 1972) vol. 9, p. 244.

統治の正統性に関する現代の論議については、M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922) および C. Schmitt, *Legitimität und Legitimität* (1932) を看過することができない。ウェーバーは、正統性という觀念の普遍的適用可能性を発見した最初の人であった。したがって彼は、この用語をきわめて多数の社会学的現象の分類と比較のために用いた最初の人であった。『経済と社会』では、正統性の多元性が明らかにされており、なんらかのタイプの正統的支配においては、正統性は信念および服従の抽出によって基礎づけられている。正統性の純粹類型は、①伝統的、②カリスマ的、③合理的、の三つに分けられる。しかしながら、かれの体系には、言葉の正当な意味における市民政府に対し、ほとんどなんらの位置も残されていないかった。民主的正統性は、専らカリスマ的正統性の逆転としてのみ生じるのである。

民主的正当性の問題は、ワイマール共和国後期も、緊急に論議されることになった。シュミットのひじょうに論争的な論文『合法性と正統性』は、この論議に貢献した。シュミットによると、議会立法の方式をとる国家は全く正統性を有しない。というのは、議会の五一パーセントの投票が法律と合法性を創り出す。ここでは、なぜ残りの四九パーセントが多数決を承認するのかが、一度も問われたことがない。シュミットは、ワイマール憲法のプレビシットの要素が正統性付与要因であると考えた。そこで彼は、これらの要素が、修正憲法の基礎となると主張した。シュミットの論文は、ワイマール共和国を特徴づけた基礎的同意の欠如を反映したものであるばかりでなく、同意の欠如を増強するのに責任を負うべきものでもあ

った。

ウェーバー型の合理性と合法性も、またシュミットの観念である民主的指導者のプレビシットの正統性も、いずれも、民主的正統性の核心とは何かの問題に解答を与えることができなかった。（Sternberger, *Supra*, at 247）

ところで、西欧自由民主主義の「善き生活」に関する楽観主義は、一九五〇年代に広くゆきわたったけれども、一九七〇年代に入ると、悲観主義に道をゆずった。ユルゲン・ハバーマスは、後期資本主義が、実在するものの全域における、内的に関連した危機の連鎖によって、特徴づけられていると主張している（J. Habermas, *Legitimation Crisis 1975*; *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Suhrkamp Verlag, 3. Aufl., 1975）。政治体制は、もはや資本主義がそれに対して課する任務を解決する能力を有していない。国家は動きがとれなくなっている。それは、多元主義が崩壊しているので、国家の外で自分たちの相異なる利益の対立を解決できなくなった諸利益集団が、相矛盾する要求を国家に課してくるからである。さらに、「意味の危機」というものが一般的になっている。それは、社会に対する忠誠を強制することにおいて、かつて象徴が有していた実効性を、それが持たなくなったという事実によるのである。ハバーマスによると、その結果、後期資本主義における正統性の深刻な危機がもたらされているのである。（A. Wolfe, *The Limits of Legitimacy* (1977), pp. 251-2）

- (20) D. Adamany, "Legitimacy, Realigning Elections, and the Supreme Court", *Wis. L. Rev.* (1973) p. 790.
「マデューニイには、政治学関係の諸論文があるが、司法に関してだけ、いさゝかがある。『The Party Variable in Judges' Voting: Conceptual Notes and a Case Study,』*Am. Pol. Sci. Rev.* (1969) vol. 63, p. 57; "Electing State Judges" (written with P. Dubois) *Wis. L. Rev.* (1976) p. 731. デーヴィッド・マデューニイは、ウィスコンシン・マデューニイ大学の政治学教授の経歴を有する。一九六一年ハーヴァードの法学博士（J. D.）一九六七年ウィスコンシン・マデューニイ大学の哲学博士（Ph. D.）となった。
- (21) Dahl, "Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-maker," *J. Pub. L.* (1957) vol. 6, p. 279; C. Black, *The People and the Court* (1960); A. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962).

(22) Adamany, p. 820. アダマニーがあげる四つの政治再編期の特徴を示す事柄を、つぎに示しておく。

一八〇〇年、リパブリカン党のトマス・ジェファソンが、フェデラリスト党を敗って、大統領に当選した。上下両院でもリパブリカン党が多数を占めた。このあと、一八〇三年、マーベリ対マディソン判決が出る (Adamany, pp. 825-827)。

一八二八年、ジャクソン派 (一八三二年から民主党と呼称) が、アダムズリクレー派 (三二年からホイッグ党と名のる) に、大統領選挙で勝利した。以後、ジャクソニアン・デモクラシーの時期に入る。 (Adamany, pp. 827-831)

一八六〇年、共和党のリンカーンが、民主党を敗って、大統領に当選。これに先立ち、一八五七年、ドレッド・スコット事件判決。一八六一年に、南北戦争が勃発した。 (Adamany, pp. 831-836)

一九三二年、共和党フーバー大統領下の大不況の中で、民主党のローズヴェルトが大統領に当選した。翌年、初期ニューディール立法 (緊急銀行法、農業調整法 (AAA)、全国産復興法 (NIRA)、テネシー河域開発公社法 (TVA) 等) が成立。一九三五年、最高裁はNIRA違憲判決を出し、三七年の「憲法革命」まで違憲判決が続く。 (Adamany, pp. 836-841)

(23) もっとも、政治的再編期における最高裁の政策形成の正統性を考察する必要を主張することは、そうでない時期における、ある種の具体的状況の中での最高裁の政策形成機能を検討する意義を、一概に否定するものではない。後者のような時期に関する研究とみるべきものに、芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』一四三—七頁、一四六頁、田中成明『裁判をめぐる法と政治』(一九七九年) がある。

五 結 語

最高裁判所が発足した一九四七年秋に、兼子一氏は、民主法治国家の法理学と政治哲学について、要約すると、つぎのように述べたことがある。

民主法治国家の法理学は司法権の優位である。この観念を基礎づけるものは、第一に社会契約にもとづく個人の自

然権という観念であり、第二に、このような自然権を実定化した最高法規と硬性憲法の観念であり、そして第三に、司法権は憲法の守護者だという観念である。また、民主法治国家の政治哲学は、民主主義と自由主義との調和、妥協ということである。両者は個人主義の母胎から生れた双生児でありながら、性格的に相容れないものがある。民主主義は個人の平等の理念に基いて、個性を無視して、すべてを頭数でこなそうとするのに対し、自由主義は各人の個性の充実発展を目標として、そのための自由を要求する。しかしながら、両者の共同の敵である独裁制と無政府主義とに対抗するために、両者は妥協、調和しなければならない、と。⁽²⁴⁾

このような民主法治国家の哲学と比較すると、これまで取り上げてきた裁判官たちの司法イデオロギーの特徴は、つぎの二つの問題領域について、これを把握することができる。

第一は、憲法と司法審査制についての法理学的観念である。憲法が法であると考えられなければならない根拠を、田中耕太郎氏は、上位の憲法すなわち自然法に求めた。その自然法の思想は、一七、八世紀の所謂自然法説に限られるものでなく、洋の東西を通じまた古代から中世を経て現代に至るまで普く存在してきたとされている。英米のコモンローにも、戦後の西独基本法にも、自然法は滲透しているというのである。ここには、法を事物の神聖な秩序の開示とみるような見地がうかがわれる。したがって、それは、法を人間意志の表明とみる法実証主義派の見地と峻別されている。

これに対して横田喜三郎氏は、純粹法学の影響を強く受けた法実証主義の見地をとり、法は人民の意志の表明であるから、守られるべきだと主張する。ただし、人民の意志は人民によって選ばれた代表が形成するものであるとされ

る。

このように、両氏とも、一応、憲法が法であると考えられなければ根拠づけを試みている。だが、司法審査制が成立するためにはそれだけでは十分でない。おそらく、憲法が裁判所によって解釈・適用できるルールであること、そして、裁判所の司法的解釈は当該事件に関する限り最終的なものだということ、これらの命題が承認され受容されなければならぬであろう。これらの命題の成否について、両氏とも立ち入った検討を全く行っていない。

もちろん、司法審査制の正統性の問題は、憲法が最高法規であるのは何故かという論点に焦られている。田中氏の自然法論が、この論点についての一つの積極的な弁証であったのとくらべると、横田氏の場合には、人民の意志としての法を基礎づける人民主権論の積極的な論述はみられないのであった。

中村治朗氏の場合には、民主政治の下における司法審査制の正統性の問題を、田中氏や横田氏よりも理論的により自覚的に認識しているのであった。それは、司法審査において「権威のある裁判」となりうるには、いかなる要件が必要であるか、という問題設定を行っている点に明らかに示されている。しかしながら、憲法の最高法規性の根拠づけ——自然法論か法実証主義か——の問題につき態度決定を回避し、ただ、裁判における価値判断の問題について、価値絶対主義（自然法論）と価値相対主義（リアリズム法学）とを調和させることは不可能ではない、というにとどまっている。

第二は、憲法と司法審査制についてのいわば政治哲学的観念である。

田中氏は「法の支配」の観念によって民主主義と平和主義の内容を方向づけている。民主主義は、私有財産制や精

神の自由を保障しない全体主義の敵対概念であり、また平和主義は、共產主義による世界制覇と正面衝突する概念であって、自衛戦争または集団的安全保障による実力行使を弁証するものである。そのような全体主義と共產主義に敵対することこそ、自然法の支配に適合するとされる。

横田氏の「民主主義」観念の核心は、立法府優位すなわち多数決民主制を強調する点にある。そこでは、兼子氏のような民主主義が自由主義によって制約されるという側面よりも、民主主義を多数決主義として理解する側面が強調されている。横田氏は民主主義の実質的観念（基本的人権の尊重）よりも、その手続的観念（議会制定法による支配）ということを重視するのである。

中村氏の場合、憲法と司法審査制における民主主義と自由主義の対抗と妥協の問題は、それ自体として論述されていない。裁判の権威について語るときにも、一定の支配秩序の内部においては、問題は、支配秩序の存在意義を問うことであるよりも、支配秩序を維持強化する手段・方法についての問題であると考えられている。現存の支配秩序ないし支配体制を所与として守護しようとする中村氏の政治哲学において、民主主義と自由主義の緊張関係に立ちもどった検討はなされていないのである。

現憲法施行後三十有余年が経過した。一九五〇年代に、田中氏の「法の支配」観念を強調する自然法主義が有力に展開され、ついで一九六〇年代になると、横田氏の「民主主義」観念を強調する法実証主義が主張された。日本の憲法と司法審査制をめぐる二つの大きな法イデオロギーが、このような時系列のもとにこのようなものとして開陳されたということには、学問的に興味深いものがある。しかし、両氏の法イデオロギーは、いずれも、アメリカでの司法

審査制をめぐる正統性論議⁽²⁵⁾を自覺的にふまえたものではなかった。

この司法審査制の正統性の問題は、中村氏によって視野に入れられたといえる。彼は日本の司法消極主義に新しい論拠を与えるにさいして、この問題を自覺したのであった。裁判の象徴的正統性という観念は、正統性論議の一端にふれている。けれども、中村氏が主として取り上げた「裁判の合法性と正当づけ」の問題は、憲法と司法審査制の正統性論の周辺にある問題であった。しかも中村氏は、「裁判の合法性と正当づけ」の問題を論じるさいにも、自らの法理学的政治哲学的立場をほとんど明らかにしないという「慎重さ」を維持しているのである。

(24) 兼子 一「司法制度」(国家学会編『新憲法の研究』(一九四七年)二二九頁以下。

(25) アメリカ合衆国の「民主制における司法審査の正当化根拠」に関する研究は、野坂泰司氏(立教大学助教授)によってなされ、その一部が発表されている(「司法審査と民主制」)国家学会雑誌九五巻第七・八号一頁以下)。なお、佐藤幸治、中谷実、大沢秀介、西村裕三、松井茂記の各氏の研究業績については、野坂論文の註(8)、(9)、(10)を参照。

〔あとがき〕

この稿は、国際憲法学会第一回世界大会でなされる報告の草稿である。この大会は、一九八三年八月二九日から九月二日まで、ユーゴスラヴィアのベオグラードで開催されることになっている。

故有倉遼吉先生を追悼するために、この稿を捧げる。先生を追悼した本誌の記念号(五五巻一号)に、私は寄稿することができなかった。当時私は、早稲田大学の在外研究員としてロンドン大学高等研究所の客員研究員であった。先生を追悼する論文がこのようにな形になってしまったことをお許しいただきたいと思う。